

FISCALÍA GENERAL
DEL ESTADO

CIRCULAR 2/2012,
SOBRE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS POR SUSTRACCIÓN DE MENORES RECIÉN NACIDOS

1.- Introducción

El 27 de enero de 2011 diversos afectados por presuntas sustracciones de menores, mediante comparecencia en la Fiscalía General del Estado presentaron una denuncia en la que en esencia se ponía en conocimiento del Ministerio Público que este tipo de hechos, acaecidos fundamentalmente entre 1950 y 1990, se habían producido en distintos hospitales españoles.

El *modus operandi* consistía básicamente en que se informaba a la madre y familiares que un menor recién nacido había fallecido, ofreciéndose el centro hospitalario a hacerse cargo de los restos. Ese menor era entregado a otras personas. En algunos casos, a requerimiento de los progenitores, les era exhibido un menor fallecido, sospechando la familia que se trataba de un cadáver no correspondiente a su hijo. La denuncia general incluía además las denuncias concretas donde las familias exponían sucintamente su caso.

Por oficio de 4 de febrero de 2011, se resolvió desglosar la denuncia y remitirla a las Fiscalías Provinciales y de Área territorialmente competentes para su investigación, comunicándolo a las Fiscalías Superiores para facilitar la coordinación con la Fiscalía General del Estado. El desglose de las denuncias trae causa en la inexistencia de indicios para mantener que las sustracciones fueron realizadas de forma concertada, no apreciándose por tanto conexidad.

Transcurrido más de un año desde el inicio de las investigaciones, se han planteado divergencias en las vías de investigación, en la calificación de los hechos y en los plazos de prescripción aplicables. El análisis de las resoluciones que las Audiencias Provinciales han ido dictando en los asuntos judicializados no ha hecho sino confirmar la ausencia de unidad de criterio (vid. AAP Barcelona secc. 2ª de 1 de diciembre de 2011, AAP Vizcaya secc. 2ª de 21 de octubre 2011, AAP Cádiz secc. 3ª de 15 de febrero de 2012 y de 8 de mayo de 2012, AAP Madrid secc. 1ª de 28 de septiembre de 2012, AAP Huelva secc. 2ª de 18 de septiembre de 2012). Incluso se han producido discrepancias entre secciones de la misma Audiencia Provincial (AAP Valencia secc. 5ª de 11 de noviembre de 2011 y AAP Valencia secc. 2ª de 9 de marzo de 2012). No existen por lo demás, perspectivas de que en un tiempo razonable el Tribunal Supremo pueda generar jurisprudencia al respecto, lo que de nuevo pone de manifiesto la necesidad de una profunda reforma del recurso de casación para que pueda cumplir plenamente su finalidad de unificación en la interpretación de la Ley.

También surgen dudas en cuanto a las diligencias a practicar y en relación con las posibilidades de recurrir en casación autos de archivo.

El objeto de la presente Circular es el de unificar criterios, optando por la exégesis que, respetando el espíritu de la Ley, con mayor extensión permita investigar el más amplio número de casos, aún acaecidos en fechas remotas, teniendo especialmente presente la necesidad de dar la máxima protección posible a las víctimas.

2.- Cuestiones sobre la investigación

2.-1 Necesidad de incoar Diligencias de investigación

Tras la reforma operada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal mediante Ley 14/2003, el art. 5 EOMF permite a los Fiscales, además de aperturar Diligencias de investigación para esclarecer hechos con trascendencia penal, tramitar Diligencias preprocesales, que darían cobertura a una pluralidad de actuaciones que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en ámbitos dispersos y para las que no se contaba con soporte formal alguno. En efecto, el art. 5 EOMF *in fine* dispone que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Esta previsión permite al Fiscal contar con un soporte procedimental para desenvolverse, cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción distinta de la penal antes de llegar a promover la acción de la justicia. *Ad exemplum*, en materia de preparación de demandas civiles para las que está legitimado el Fiscal, tales como incapacitaciones, promoción jurisdiccional de medidas en protección de menores, estudio sobre la viabilidad de la interposición de un recurso de amparo

constitucional o estudio sobre la viabilidad de la interposición de una demanda para la ilegalización un partido político en aplicación de la LO 6/2002, de 27 de junio, *de Partidos Políticos*. También estas Diligencias podrán encauzar otras actuaciones de naturaleza gubernativa o disciplinaria.

En este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que la separan del régimen común de las Diligencias de investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración), como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga a la Fiscalía General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal.

Pues bien, la apertura de Diligencias por presunta sustracción de menores, sea cual fuere la vía a través de la cual la *notitia criminis* llegue al Fiscal, habrá de acomodarse a los cauces previstos para las Diligencias de investigación, pues *prima facie* tendrán por objeto el esclarecimiento de hechos que de confirmarse serían constitutivos de delito. Por ello no deberán los Sres. Fiscales en estos casos incoar Diligencias preprocesales y siempre habrán de abrir Diligencias de investigación y someterse a sus requisitos.

Habrán de incoarse unas Diligencias de investigación por cada hecho denunciado, siendo incorrecta la práctica de tramitar conjuntamente en un único expediente una pluralidad de hechos, cuando no concurra ningún indicio de que los mismos pudieran ser conexos.

La complejidad de este tipo de investigaciones hará necesaria, en muchas ocasiones la solicitud de prórroga a la Fiscalía General del Estado. Tal solicitud habrá de hacerse con al menos quince días de antelación a la fecha del vencimiento. La solicitud de prórroga deberá contar siempre con al menos una somera fundamentación, especificándose la identidad de la persona denunciante, el objeto de la denuncia, y las diligencias practicadas, debiendo motivarse la razón de dichas prórrogas. La solicitud de prórroga deberá elevarse individualizadamente, esto es, una solicitud por cada Diligencia.

2.-2 Posibilidad de practicar diligencias de análisis de ADN

Otra cuestión que ha generado dudas es si puede el Fiscal, en el seno de sus Diligencias de investigación, acordar la exhumación de restos de recién nacidos fallecidos y la práctica de pruebas de ADN.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en relación con los análisis del ADN introdujo en la LECrim tres normas: el art. 326 párrafo tercero, el art. 363 párrafo segundo, y una nueva Disposición adicional tercera. El primer precepto reseñado regula la recogida de vestigios, el segundo la obtención de muestras biológicas del sospechoso y la Disposición adicional tercera habilita al Gobierno para regular la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN. Esta última previsión fue desarrollada por el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, *por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN*.

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* complementa la normativa sobre utilización del ADN en el proceso penal.

El mandato contenido en la Disposición adicional primera de la LO 10/2007, de integrar, en la base de datos policial los distintos ficheros y bases de datos de ADN pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existentes a la entrada en vigor de la Ley ha sido desarrollado mediante la Orden del Ministerio del Interior 177/2008, de 23 de enero , por la que se crean los dos únicos ficheros policiales que contienen los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN, tanto en el marco de investigaciones criminales (INT-SAIP) como en los procesos de identificación de cadáveres o de personas desaparecidas (INT-FENIX), siendo el órgano administrativo responsable de los citados ficheros, y de su gestión, el Ministerio del Interior.

Las dudas en torno a si puede el Fiscal acordar por sí la práctica de tal diligencia deben entenderse solucionadas de raíz tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, que ha relativizado el cuasi monopolio jurisdiccional que parecía establecerse en el art. 326 LECrim, en tanto su Disposición Adicional Tercera establece que *para la investigación de los delitos…la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos… del lugar del delito.* Por tanto, si la Policía está legitimada para recoger tales restos sin necesidad de autorización judicial, tanto más lo estará el Fiscal.

Cabe, consiguientemente afirmar que el Fiscal puede acordar por sí la recogida de restos biológicos sin necesidad de autorización judicial. En efecto, no es precisa tal autorización ni para la toma de muestras ni para la exhumación, siempre que se cuente con el consentimiento de los interesados, toda vez que no se trata de un supuesto de obtención de muestras corporales realizadas de forma directa sobre el sospechoso o imputado en un procedimiento penal, sino de un acto voluntario, interesado y autorizado por los propios denunciantes en relación a los restos cadavéricos de quienes se supone que son sus propios hijos biológicos, y en tanto tal diligencia no implica restricción de derechos fundamentales.

Como señala la STS nº 179/2006 de 14 de febrero, en nuestra legislación quedan bien diferenciadas las diligencias de obtención de muestras para la práctica de prueba de ADN del cuerpo del sospechoso de aquéllas otras relacionadas con el análisis de ADN en la investigación penal, en las que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación de derechos fundamentales.

Aunque la toma de muestras tras la exhumación de un cadáver no es en sentido estricto *toma de muestras del lugar del delito* (Disposición Adicional Tercera LO 10/2007) debe entenderse que es una diligencia no sometida al monopolio jurisdiccional pues no quedan afectados derechos cuando se cuenta con el consentimiento de los que aparecen como familiares directos del fallecido. A tales efectos se recabará tal consentimiento en el seno de las Diligencias de investigación con carácter previo a la práctica de la exhumación y toma de muestras.

En el caso de no contarse con tal consentimiento –hipótesis que será excepcional en este tipo de investigaciones, precisamente impulsadas por las víctimas- razones de prudencia aconsejarán judicializar las actuaciones para que sea el Juez de Instrucción quien resuelva tras ponderar los derechos e intereses en conflicto.

Desde luego, la obtención de muestras de personas no imputadas y con su consentimiento, es claro que no precisará de autorización judicial, por no suponer afectación de derecho alguno. Este supuesto es nítidamente distinto a los analizados en SSTS nº 1190/2009, de 3 de diciembre y nº 949/2006, de 4 de octubre y que llevan a nuestro Alto Tribunal a declarar que *es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello.*

Tampoco es necesaria la presencia del fedatario público en la recogida de muestras (vid. STS nº 1190/2009, de 3 de diciembre).

Debe recordarse la importancia tanto cuando la muestra se obtenga en sede policial, como Fiscal, como cuando sea autorizada judicialmente, de la debida constancia de la cadena de custodia, cuya infracción puede llevar a la nulidad de la diligencia (vid. SSTS nº 701/2006, de 27 de junio y nº 501/2005, de 19 de abril). Las irregularidades en la cadena de custodia suponen una “devaluación garantista de su autenticidad” que “podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofreciese ninguna garantía” (SSTS nº 813/2008, de 2 de diciembre, nº 179/2006, de 14 de diciembre).

El respeto de las exigencias de la cadena de custodia está orientado a garantizar la identidad entre la muestra recogida y la analizada.

Tampoco debe olvidarse que en relación con tal recogida lo esencial es que se realice por personal especializado.

La exigencia de respeto a la cadena de custodia lleva a la necesidad de hacer constar las personas que hayan podido tener contacto con las muestras o vestigios durante la totalidad del proceso.

En este sentido, es necesario documentar la recogida de las muestras, si bien los supuestos de *mala praxis* que pudieran detectarse pueden solventarse acreditando la no infracción de la cadena de custodia, mediante la declaración testifical de los funcionarios que recogieron los vestigios, de los que los remitieron y de los técnicos que la recibieron (STS nº 949/2006, de 4 de octubre).

Para la realización de la diligencia de exhumación y toma de muestras deberá oficiarse al correspondiente Servicio de Cementerios del Ayuntamiento a

fin de que el mismo se encargue de organizar el dispositivo material necesario. Deberá igualmente oficiarse al Instituto de Medicina Legal competente, a fin de que un Médico Forense asista y participe en la diligencia de exhumación, tome las muestras necesarias y posteriormente las remita al Instituto Nacional de Toxicología conforme al "Protocolo de Actuación para la Identificación Genética en los Casos de Adopciones Irregulares y Sustracción de Recién Nacidos", aprobado por el Ministerio de Justicia.

El Médico Forense será igualmente el encargado de tomar las muestras necesarias de los presuntos progenitores a fin de que pueda llevarse a cabo el estudio comparativo de ADN.

Deberá también librarse oficio al Instituto Nacional de Toxicología para que, una vez recibidas las muestras procedan a la realización de análisis y estudio comparativo de ADN, para su posterior remisión a la Fiscalía Provincial.

En efecto, la comparativa de las muestras podrá encargarse al Instituto Nacional de Toxicología, como órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia, cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia, conforme al Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento del Instituto de Toxicología*.

Entre las funciones del Instituto de Toxicología está la de *practicar los análisis e investigaciones toxicológicas que sean ordenados por las autoridades judiciales, las gubernativas, el Ministerio Fiscal y los médicos forenses en el curso de las actuaciones judiciales o en las diligencias previas de investigación efectuadas por el Ministerio Fiscal* (art. 2 b Real Decreto 862/1998).

Del mismo modo habrá de librarse oficio a la Policía Judicial a fin de que asistan a la exhumación, y elaboren un atestado con reportaje fotográfico de la diligencia.

Deberá tenerse presente la distinción que el art. 3 LO 10/2007 hace en cuanto a la inscripción en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN: mientras que los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos se inscriben sin más, para poder inscribir los datos identificativos obtenidos a partir del ADN de los afectados será necesario que presten expresamente su consentimiento. A efectos de la presente Circular, por afectados habrán de entenderse comprendidas las víctimas y testigos.

2.-3 Comunicaciones a la Fiscalía General del Estado

A efectos de preservar el principio de unidad de actuación, facilitar la coordinación y en definitiva, asegurar la eficacia, los Sres. Fiscales remitirán a la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica, copia de los decretos de incoación, decretos exhumación y decretos de archivo o en su caso denuncia o querella que se interpongan en todos los asuntos que tramiten por sustracción de recién nacidos.

3.- Recurribilidad en casación de autos de archivo cuando ninguna persona estuviera imputada o procesada:

En estos casos ha de estarse al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 9 de febrero de 2005, conforme al que “los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurran estas tres condiciones:

1) Se trata (sic) de un auto de sobreseimiento libre.
2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho,

se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación".

En este mismo sentido se pronuncia el ATS nº 856/2010, de 29 de abril.

4.- Calificación jurídico penal de la conducta consistente en sustraer a un recién nacido.

4.-1 Calificación conforme al Código Penal de 1995.

4.-1.1 Detención ilegal (arts. 163 y 165 CP).

El vigente CP suprime la figura de la sustracción de menores descrita y penada en el artículo 484 CP 1944 -*la sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio mayor*- ubicada sistemáticamente entre las detenciones ilegales y el abandono de familia y de niños. Podría pensarse que se ha producido así la destipificación de este tipo de conductas, lo que arrastraría por aplicación retroactiva favorable de la norma posterior en el tiempo (art. 2.2 CP) la despenalización de conductas cometidas bajo la vigencia de la norma anterior.

Aunque el *nomen iuris* resucita en la reforma operada por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, bajo la especie de la sustracción parental contemplada en el art. 225 bis, el nuevo tipo es mucho más restrictivo, pues limita la autoría a los progenitores y sus parientes consanguíneos o afines dentro del segundo grado, y la acción a las conductas contraventoras de una previa resolución judicial o administrativa atributiva de la custodia al otro progenitor o a otra persona o institución.

La *voluntas legislatoris* de la reforma obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, como se desprende de su Exposición de Motivos, lo que parece alejarla de la finalidad protectora de la libertad personal del menor, y centrarse en la defensa de los derechos del progenitor custodio y del cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia: *en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico.*

Cabría pensar que en el interregno se ha producido un vacío que podría ser legítimamente interpretado como una despenalización de las conductas de sustracción de menores, que resultarían perseguibles únicamente mediante la desvalorización de los medios empleados -falsedades documentales, coacciones, amenazas- o desde la perspectiva de la protección del estado civil del menor, entendido como bien de la personalidad desvinculado de su voluntad e independiente de toda idea de libertad personal -suposición de parto, entrega o sustitución de menores, arts. 220 y ss-; éstos últimos constituyen delitos de ejecución instantánea que aunque causan estado no son permanentes (*vid.* AAP Huelva, secc. 2ª, de 18 de septiembre de 2012), lo que influye poderosamente en la determinación y cómputo de los plazos de prescripción que les son aplicables.

Ciertamente cuando hablamos de menores que por su escaso grado de desarrollo y maduración no son capaces todavía de formar y manifestar una voluntad independiente -el Código anterior situaba la frontera cronológica en los siete años, con criterio debatible pero al menos preciso- resulta problemático predicar su condición de sujetos pasivos del delito de detención ilegal del artículo 163.1 CP, que ha sido constituido para proteger precisamente esa libertad deambulatoria; por otra parte, desde la perspectiva del principio de legalidad en su modalidad de *lex stricta,* los verbos nucleares “detener” y “encerrar” definitorios

de la conducta típica generan dificultades para la subsunción del apoderamiento subrepticio de un recién nacido o de un niño de corta edad incapaz de comprender los hechos y de reaccionar ante los mismos.

Ello sin embargo no significa que estos menores no sean titulares de una libertad personal potencial, ejercitable vicarialmente por medio de sus progenitores o representantes legales y susceptible como tal de recibir una protección penal en el marco del artículo 163.1 CP, postura por la que parece inclinarse últimamente el TS con argumentos que se estima pueden ser defendidos.

En efecto, la jurisprudencia emanada de la aplicación de estos artículos parece mantener la convergencia de la sustracción de menores con el delito de detención ilegal. Aunque no abundan de momento los pronunciamientos, el TS tiende a subsumir los actos de sustracción de menores en el tipo de detención ilegal, y cuando, como sucede en la STS nº 1066/2010, de 21 de enero, rehúsa aplicar dicha calificación, no lo hace como refutación de dicha doctrina, sino en atención a un contexto fáctico singular, en el que propiamente no se produjo la sustracción de un menor sino la coacción sobre la madre para forzarla a abandonar el domicilio familiar.

En apoyo a la calificación de la sustracción de menores como detención ilegal pueden citarse varios precedentes. En primer lugar, la STS nº 788/2003, de 29 de mayo, que declara que "el sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva…La detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniendo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor".

En segundo lugar la STS nº 492/2007, de 7 de junio, que ratifica literalmente la anterior doctrina.

En tercer lugar, la STS nº 1036/2010, de 10 de noviembre, que condena por detención ilegal en un supuesto en el que el acusado retira a una menor mediante engaños del centro docente donde se hallaba ubicada por decisión de sus padres.

En la misma línea debe destacarse la STS nº 1339/2004, de 24 de noviembre que declara que pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal “los que se hallan en situación de involuntariedad, así como los que adolecen de incapacidad de acción volitiva en el momento de la acción típica".

En definitiva, como se ha defendido por un reputado sector doctrinal, lo decisivo para la realización del tipo de detención ilegal no es que exista una oposición clara y expresa de la victima, sino la ausencia de consentimiento expreso o tácito, por lo que no es exigible un elemento positivo del tipo, la contrariedad de la voluntad, sino un elemento negativo, la ausencia de voluntad. Por ello, aunque el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal es la libertad deambulatoria en su modalidad de autonomía para desplazarse espacialmente de un punto a otro, pueden ser igualmente víctimas del delito aquellas personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad, bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas. En estos casos, el núcleo típico abarca en su esfera de protección el régimen de custodia de los legítimos representantes legales.

Incluso durante la vigencia del CP 1944 una parte cualificada de la doctrina consideró que la tipificación expresa de la sustracción de menores era superflua, pues tales conductas siempre podían subsumirse conforme al tipo de detención ilegal.

Esta interpretación es seguida en otros sistemas de nuestro entorno jurídico cultural, y así, en Portugal el *Acordo do* STJ 5-5-93 considera que un recién nacido puede ser secuestrado, puesto que “su libertad deambulatoria para ir (o ser llevado) junto a sus padres, o hacia donde sus padres deseen que vaya, es coartada dolosamente por el agente”.

También en estos casos puede ser aplicable el subtipo agravado del art. 163.3 CP, si efectivamente la situación se mantiene durante mas de quince días (STS nº 492/2007, de 7 de junio), la agravación del art. 165 CP en base a la minoría de edad de la víctima y la penalidad específica prevista en el art. 167 para autoridades o funcionarios.

La interpretación más favorable para permitir la investigación de los hechos, y que habrá de mantenerse por los Sres. Fiscales, será la de considerar la sustracción de recién nacidos como delito de detención ilegal cometido por funcionario público, cuando por el lugar de comisión (dependencias de hospitales públicos etc.) o por cualquier otra circunstancia concurrente, pudiera racionalmente sospecharse que el presunto autor tenía tal cualidad.

Evidentemente, dado que la casuística puede ser muy diversa, lo procedente ante estas situaciones es, en primer término, deslindar los supuestos en los que efectivamente pueda mantenerse que se ha producido una sustracción de un recién nacido, de aquellos otros en los que aún habiéndose producido irregularidades en la adopción o en la inscripción de nacimiento, el hecho investigado tiene otra naturaleza y no es susceptible de incardinarse en los supuestos de detención ilegal.

4.-1.2 Suposición de parto (art. 220)

Ya las SSTS de 28 de septiembre de 1963 y 8 de octubre de 1966 fijaban los siguientes requisitos para apreciar la concurrencia del delito de suposición de

parto: 1º en cuanto a la dinámica de la acción, el fingimiento o simulación del alumbramiento de un ser nacido, efectuado por actos reales o una conducta que lleve consigo la realización de hechos que aparenten la existencia del parto, en cuanto que éste, como fenómeno biológico, está caracterizado por ciertos elementos externos y la tipología delictiva se describe con la suposición del hecho mismo del parto, con lo que no deben ser considerados dentro de la misma, las meras manifestaciones o fingimientos ideales del alumbramiento, que cuando atentan contra el estado civil de las personas son susceptibles de tener encaje en otras figuras penales; 2.º en cuanto a la culpabilidad o elemento psíquico delictivo, que el agente de la acción, no solamente tenga conciencia y voluntad de la misma, sino que vaya acompañada del ánimo tendencial de modificar el estado civil del nacido; y 3.º que el juicio valorativo sobre la antijuridicidad, se determine, no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma social de la convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí.

Parece claro que en muchos de estos supuestos, junto con el delito de detención ilegal concurrirá el de suposición de parto.

Expresamente la STS nº 492/2007, de 7 de junio admite la compatibilidad entre el delito de detención ilegal y el delito de suposición de parto. El delito de detención ilegal sería el más grave.

4.-1.3 Falsedad en documento público u oficial (arts 390 y ss CP)

Puede racionalmente inferirse que para perpetuar la alteración del estado civil, muchas de estas sustracciones irán acompañadas de las correspondientes falsedades instrumentales. El delito de detención ilegal seguiría siendo el más grave.

4.-1.4 Adopción ilegal

Podría también eventualmente resultar aplicable a algunos supuestos el tipo del art. 221 CP conforme al que se castiga a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación.

4.-2 Calificación conforme al Código Penal de 1944

La calificación más grave que podría aplicarse sería la de sustracción de menores de siete años, castigada con pena de presidio mayor (de seis años y un día a doce años), conforme al art. 484 CP 1944; suposición de parto (castigada con las penas de presidio menor y multa, y además inhabilitación especial para el funcionario público) y, en su caso, falsedad en documento público u oficial (arts. 302 y ss, sancionada con presidio mayor y multa para funcionarios y presidio menor y multa para particulares).

El tipo de sustracción de menores de siete años tenía asignada una pena idéntica al tipo de detención ilegal y se mantuvo en su redacción original durante todo el tiempo en que estuvo en vigor el CP 1944. Procedía del Código Penal de 1870 y mantuvo redacción y numeración en los Textos revisados de 1963 y de 1973.

Precisamente la no incorporación de este tipo al CP 1995 se constituye en un argumento más para entender comprendida la sustracción de menores de siete años en el tipo de detención ilegal, pues no es concebible que el Legislador hubiera pretendido dejar estas conductas (que tradicionalmente se habían considerado de gravedad equiparable a la detención ilegal) impunes.

La doctrina llegó a definir este tipo como una “detención ilegal cualificada” o “variante de las detenciones ilegales”, considerándosele mayoritariamente *lex specialis* frente al tipo básico de detenciones ilegales. Conforme al criterio de especialidad, inicialmente construido por la jurisprudencia y posteriormente introducido en la Ley por medio del art. 8.1ª del CP 1995, los hechos se subsumían preferentemente en el art. 484 CP al que no le eran de aplicación las agravaciones específicas de la detención ilegal común.

4.-3 Usurpación de estado civil

La calificación de los hechos como usurpación de estado civil (art. 401 CP 1995 o art. 470 CP 1944), planteada en algunos foros, es técnicamente inviable.

El tipo sanciona al que *usurpare el estado civil de otro.* En estos casos nadie estaría actuando con el estado civil de otra persona, sino que la persona sustraída siendo menor estaría en posesión de un estado civil distinto del propio, pero no de un tercero.

Pretender aplicar este tipo a la sustracción de menores infringiría el art. 25.1 CE (principio de legalidad, exigencia de *lex stricta*), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él.

La STS de 26 de marzo de 1991 señalaba, con respecto al artículo 470 CP de 1944 -cuya redacción es idéntica a la del actual 401 -, que el delito lo conforma la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar de sus derechos, y que, por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro sino que es condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para usar de sus derechos y acciones. Esta resolución -y las que la misma cita- considera que este

delito exige “un elemento subjetivo del injusto…el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada”.

Conforme a la STS nº 635/2009, de 15 de junio *usurpar el estado civil de otro lleva siempre consigo el uso del nombre y apellidos de ese otro, pero evidentemente requiere algo más, sin que sea bastante la continuidad o la repetición en el tiempo de ese uso indebido para integrar la mencionada usurpación…Usurpar equivale a atribuirse algo ajeno. En la segunda acepción de nuestro diccionario oficial se dice que es "arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios"…Trasladado esto al tema que nos ocupa, quiere decir que para usurpar no basta con usar un nombre y apellidos de otra persona, sino que es necesario hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos u obligaciones que a ella solo corresponden; como puede ser el obrar como si uno fuera otro para cobrar un dinero que es de este, o actuar en una reclamación judicial haciéndose pasar por otra persona, o simular ser la viuda de alguien para ejercitar un derecho en tal condición, o por aproximarnos al caso presente, hacerse pasar por un determinado periodista para publicar algún artículo o intervenir en un medio de comunicación*.

5.- Prescripción

5.-1 Criterios generales

Debe en primer lugar partirse de que con carácter general no puede darse una pauta rígida en materia de prescripción, pues el análisis contenido en el presente documento no opera sobre un supuesto concreto con un relato de hechos establecido y susceptible de ser jurídicamente diseccionado.

Ello ha de llevar a su vez a otra reflexión: es improcedente pronunciarse sobre la prescripción antes del agotamiento de la investigación, tanto en el seno

de las Diligencias de investigación del Fiscal, como en el procedimiento judicializado. En efecto, la oscuridad inherente a los hechos que son objeto de análisis en la presente Circular haría prematuro pronunciarse sobre la prescripción antes de haber proyectado suficiente luz sobre los hechos denunciados, antes de poder tener siquiera indiciariamente un relato fáctico sobre el que realizar el análisis jurídico penal, primero de subsunción en un tipo penal concreto y seguidamente, de evaluación del plazo prescriptivo aplicable.

Por tanto, primero ha de agotarse la investigación y sólo posteriormente deberá fijarse posición en relación con la prescripción, por razones de estricta lógica.

Sentada esta premisa, debe partirse de que todos los delitos prescriben por el transcurso del tiempo, salvo los expresamente excluidos por la Ley y, en estos casos, sólo cuando su comisión hubiera tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la norma que los considera imprescriptibles. Las sustracciones de recién nacidos denunciadas no pueden ser englobadas en ninguna de las categorías existentes de delitos imprescriptibles (art. 131.4 CP y Circular 1/2005, de 31 de marzo, *sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*).

En todo caso, debe aplicarse el plazo de prescripción correspondiente al delito más grave, cuando se han cometido varios. Conforme al art. 131.5 CP *en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.*

También como pauta general debe subrayarse que a efectos de determinar, en caso de sucesión temporal de normas, la más favorable al reo, conforme a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre habrán de ponderarse la totalidad de las disposiciones aplicables en uno y otro caso, optando por las que en definitiva sean mas

favorables al presunto culpable, de manera que aunque la pena asignada al delito sea mas favorable conforme al CP 1944, deberá entenderse aplicable el CP 1995 si conforme a sus disposiciones habría de considerarse prescrito el delito imputado, y a la inversa. Por tanto, los hechos cometidos bajo la vigencia del CP 1944 habrían de ser enjuiciados eventualmente conforme a las previsiones del CP 1995, como norma mas favorable, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2 CP (vid. AAP Valencia secc. 2ª nº 174/2012, de 9 de marzo), si conforme al CP 1995 deben entenderse prescritos.

Por último, ha de recordarse que las Diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción, como ya ha tenido ocasión de declarar el TS (vid. STS nº 867/2002, de 29 de julio). Tras la reforma operada por LO 5/2010 en la regulación de la prescripción, cualquier atisbo de duda ha quedado despejado.

5.-2 Prescripción de los delitos conforme al CP 1995

5.-2.1 Prescripción del delito de detención ilegal conforme al CP 1995

La doctrina del TC considera que las interpretaciones, que a la postre llevan a hacer “ilusorios los plazos de prescripción legalmente establecidos”, deben considerarse “irrazonables” (STC nº 63/2005, de 14 de marzo) y que la aplicación de las disposiciones que disciplinan el régimen de la prescripción no exceda *de su más directo significado gramatical*, considerando que no es admisible *una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo* (SSTC nº 97/2010, de 15 de noviembre, 37/2010, de 19 de julio, 29/2008, de 20 de febrero; 195/2009, de 28 de septiembre; 207/2009, de 23 de noviembre y 63/2005, de 14 de marzo).

La consideración del delito de detención ilegal como delito permanente es pacífica tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

Existen resoluciones que defienden que el plazo de prescripción comenzaría a correr a partir del momento en el que el sujeto pasivo del delito hubiera alcanzado la mayoría de edad (en este sentido, AAP Vizcaya secc. 2ª nº 772/2011, de 21 de octubre; Valencia secc. 5ª nº 749/2011, de 11 de noviembre; Valencia secc. 2ª nº 174/2012, de 9 de marzo; Cádiz secc. 5ª nº 37/2021, de 15 de febrero, Cádiz secc. 3ª nº 64/2012, de 8 de marzo y Cádiz secc. 3ª nº 85/2012, de 14 de marzo).

Conforme a esta interpretación, admitida la posibilidad de detención ilegal de los recién nacidos a través de la construcción del ejercicio de la libertad ambulatoria mediante sus legítimos padres o representantes o guardador de hecho, podría entenderse que este presupuesto fáctico “desaparece al alcanzarse la mayoría de edad” (AAP Cádiz secc. 5ª nº 37/2012, de 15 de febrero), de forma que una vez extinguida la patria potestad ya no hay un tercero que ejerza la libertad en nombre del niño sustraído. El Acuerdo del Pleno de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de febrero de 2012 considera, en el sentido expuesto, que *el dies a quo del plazo de prescripción del delito permanente de detención ilegal habrá de entenderse desde la fecha de la mayoría de edad del menor.*

Partiendo de que el párrafo primero del art. 132.1 establece que en los casos de delito permanente los términos se computan desde que se elimina tal situación ilícita, se ha defendido también, que hasta tanto el sujeto pasivo de la detención ilegal no conozca haber sido víctima del delito no pueden comenzar a correr los plazos de prescripción, pues se mantendría la *situación ilícita*. Según esta tesis, el *dies a quo* de inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación, pues mientras el sujeto pasivo no conoce su identidad el delito sigue desplegando sus efectos. Mientras la víctima es mantenida en la ignorancia de su origen, aun cuando ya sea mayor de edad y capaz, sigue

estando ilegítimamente desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia.

A hora de optar por una u otra pauta exegética deben tenerse especialmente en cuenta dos datos fundamentales: 1) la Fiscalía General del Estado ya marcó una línea unificadora en la Junta de Fiscales Superiores celebrada en fecha 17 de junio de 2011, en la que se estableció el criterio de que el *dies a quo* de inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación; 2) Alguna Audiencia Provincial, a instancias del Ministerio Fiscal, ha asumido ya este criterio (vid. AAP Madrid secc. 1ª nº 699/2012, de 28 de septiembre).

En este contexto, tanto la coherencia y la prudencia como la protección de las víctimas aconsejan que mientras no exista una línea jurisprudencial consolidada en sentido contrario, los Sres. Fiscales defiendan la tesis de que si los hechos pueden ser calificados conforme al delito de detención ilegal, no comenzarán a correr los plazos de prescripción en tanto el sujeto pasivo no haya venido en conocimiento de la alteración de su filiación.

Este criterio puede ser jurídicamente discutible, pero debe ser el que se mantenga inicialmente por el Ministerio Fiscal, por ser el que más favorece la posibilidad de realizar una investigación efectiva, permitiendo, en definitiva, que los Tribunales puedan pronunciarse.

5.-2.2 Prescripción de los delitos de suposición de parto y alteración de estado civil (arts. 220 y ss CP) y de falsedad en documento público u oficial (arts. 390 y ss CP).

En todos estos supuestos, si estos delitos concurren junto con una detención ilegal, no prescribirían en tanto no prescribiera éste. En caso de que

concurrieran sin acompañar al delito de detención ilegal, la prescripción tendría lugar antes, toda vez que además de estar sometidos a plazos más breves, no son delitos permanentes, por lo que el *dies a quo* se iniciaría el día de su comisión. En este sentido, la SAP Madrid, secc. 16ª nº 116/2009, de 23 de octubre declara en relación con un delito de suposición de parto que deberá computarse desde el día en que se haya cometido la infracción punible

5.-2.3 Prescripción del delito de adopción ilegal

Si los hechos pudieran subsumirse conforme a este tipo –no será el supuesto ordinario-, la pena aplicable, (prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años) supondría también la aplicación del plazo de prescripción de diez años.

5.-3 Prescripción de los delitos conforme al CP 1944

5.-3.1 Prescripción del delito de sustracción de menores de siete años

Conforme al art. 113 CP 1944 los delitos prescriben a los diez años cuando tuvieren señalada una pena que exceda de seis años y no alcance la reclusión menor (doce años y un día).

A la vista de la penalidad asignada al delito de sustracción de niños de menos de 7 años, el plazo de prescripción sería el de diez años (art. 113 CP 1944).

Al igual que la detención ilegal, la sustracción de menores debe considerarse delito permanente, cuya estructura típica se integra por una

ejecución de tracto sucesivo. Ello significa que el delito no se consuma instantáneamente en el momento en que se perfecciona la sustracción del menor, sino que su fase ejecutiva se dilata todo el tiempo en que el menor permanece injustamente retenido y apartado de su familia de origen por quien carece de todo derecho a ello. Por los mismos motivos expuestos *supra*, deberán los Sres. Fiscales defender que tampoco empezaría a correr la prescripción del delito de sustracción de menores de siete años sino a partir del momento en el que la víctima hubiera conocido de la alteración de su filiación.

5.-3.2 Prescripción del delito de suposición de parto

La suposición de parto está castigada con las penas de presidio menor (de seis meses y un día a seis años) y multa, conforme al art. 468 CP 1944 por lo que el plazo de prescripción sería el de 5 años, conforme al art 113 CP 1944.

El art 469 castiga estas conductas además con la inhabilitación especial cuando el delito se hubiera cometido por facultativo o funcionario público abusando de su profesión o cargo.

La pena de inhabilitación especial, conforme al art 30 CP 1944 tendría una duración de seis años y un día a doce años, por lo que el plazo de prescripción en estos casos también sería el de diez años (art. 113 CP 1944).

5.-3.3 Falsedad en documento público u oficial

Este delito, conforme a los arts. 302 y ss CP 1944 estaba castigado con presidio mayor y multa para funcionarios y presidio menor y multa para particulares, por lo que el plazo de prescripción, que se iniciaría tras la comisión de la falsedad sería de 10 años para funcionarios y de cinco para particulares.

5.-4 Tratamiento de los delitos cuya comisión se inició durante la vigencia del CP 1944 y se ha prolongado tras la entrada en vigor del CP 1995

Teniendo en cuenta que la sustracción de un menor de siete años integra un delito permanente, sea cual fuere el inicio ejecutivo, se estará cometiendo sin solución de continuidad durante todo el tiempo en que la situación antijurídica se mantenga, de modo que si el tracto comisivo perdura tras producirse una modificación legislativa, la ley aplicable será la última, aunque intensifique y agrave la respuesta penal, porque una parte de su tracto ejecutivo se ha producido bajo su efectiva vigencia. En este sentido se pronuncia tanto la Circular 2/1996, de 22 de mayo, *sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores* como la Circular 1/2004, de 22 de diciembre, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003.*

Por ello, en aquellos supuestos en que la víctima de la sustracción acaecida durante la vigencia del CP 1944 permanezca ignorante de su origen tras la vigencia del CP 1995, las normas penales directamente aplicables a tal sustracción serán las contenidas en este último Código.

6.- Actuaciones archivadas por prescripción y protección de las víctimas

Las personas que han sido privadas de su medio familiar son titulares de un indiscutible derecho a conocer sus orígenes biológicos conforme a lo previsto en el art. 180.5 CC. Estas personas y sus familiares directos también son acreedoras de protección como titulares del derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Aun en los casos en que se produzca el decaimiento de la acción penal por prescripción, los daños irrogados por la acción ilícita podrían alcanzar

reparación mediante el ejercicio de las acciones civiles de reclamación de la filiación verdadera (arts. 131 y ss CC), impugnación de la ficticia (arts. 136 y ss) y compensación económica de los perjuicios morales irrogados en concepto de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC).

En los casos en los que se acuerde la prescripción, los Sres. Fiscales cuidarán de que los denunciantes sean debidamente notificados (arts. 5.1 EOMF, 779.1.1 LECrim y 270 LOPJ).

Los Sres. Fiscales a solicitud de los interesados, les proporcionarán tanto la copia del Decreto de archivo, como del historial clínico que pudiera obrar en las actuaciones, cuidando en este caso de que en la misma no aparezcan datos que perjudiquen a terceros ni las apreciaciones subjetivas de los facultativos conforme a las previsiones del art. 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

El atestado incorporado a las actuaciones debe entenderse en principio de carácter reservado, por lo que la regla general será la de no proporcionar copia del mismo, sin perjuicio de que en caso de que se ejerciten acciones por los interesados, se remita a solicitud del órgano jurisdiccional copia íntegra del expediente.

Si la prescripción hubiere recaído en unas diligencias judicializadas, corresponderá al órgano jurisdiccional proporcionar a las víctimas los correspondientes testimonios.

7.- CONCLUSIONES

1ª La apertura de Diligencias por presunta sustracción de menores, sea cual fuere la vía a través de la cual la *notitia criminis* llegue al Fiscal, habrá de acomodarse a los cauces previstos para las Diligencias de investigación

2ª Cabe acordar la práctica de análisis de ADN en el seno de las Diligencias de Investigación del Fiscal.

3ª Los Sres. Fiscales remitirán a la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica, copia de los decretos de incoación, decretos de exhumación y decretos de archivo o en su caso denuncia o querella que se interpongan en todos los asuntos que tramiten por sustracción de recién nacidos.

4ª No son susceptibles de recurso de casación los autos de archivo sin autor conocido.

5ª No procede hacer pronunciamiento alguno sobre si concurre o no la prescripción de los hechos imputados sino hasta que, agotada la investigación, se hayan fijado con un mínimo de nitidez los contornos del delito que ha podido ser cometido.

6ª La conducta de sustraer a un menor recién nacido puede ser subsumida en el tipo de detención ilegal.

7 ª Las Diligencias de Investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción.

8ª Los Sres. Fiscales, en cada caso concreto, dependiendo de las circunstancias concurrentes, postularán, con respeto a la doctrina del Tribunal

Constitucional, la interpretación del instituto de la prescripción de forma que se favorezca al máximo posible la investigación y enjuiciamiento de los hechos.

Hasta tanto no exista una línea jurisprudencial consolidada en sentido contrario, habrá de entenderse que si los hechos pueden ser calificados conforme al delito de detención ilegal, no comenzarán a correr los plazos de prescripción sino a partir del momento en el que el sujeto pasivo haya venido en conocimiento de la alteración de su filiación.

9ª En los casos en los que se acuerde la prescripción, los Sres. Fiscales cuidarán de que los denunciantes sean debidamente notificados y de que a solicitud de los mismos se les proporcione copia del historial clínico que pudiera obrar en las actuaciones.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

Madrid, 26 de diciembre de 2012

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Eduardo Torres-Dulce Lifante

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.